



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 1930/18

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר

המערערת : עיריית תל אביב - יפו

נ ג ד

המשיבים :
1. ספי צביאלי
2. מלון מרינה ת"א בע"מ
3. גיי.טי.אל.וי נכסי עידית, שותפות מוגבלת
4. אתרים בחוף ת"א חברה לפיתוח אתרי תיירות
בתל אביב-יפו

המצטרף להליך : היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט העניינים מינהליים
תל אביב מיום 23.01.2018 בעת"מ 27234-08-17 שניתן
על ידי כבוד השופטת ר' ברקאי

בשם המערערת : עו"ד שירי אשכנזי

בשם משיב 1 : עו"ד יובל גלאון
בשם משיב 2 : עו"ד הרטמן אלקס
בשם משיב 3 : עו"ד פורר גיא
בשם משיב 4 : עו"ד אלון דניאל

בשם היועץ המשפטי
לממשלה : עו"ד יונתן ברמן

פסק דין

השופט נ' הנדל:

דיני המכרזים פוגשים את דיני הקניין: האם במסגרת הליך פירוק שיתוף במקרקעין, שבו רשות ציבורית היא אחד השותפים בנכס, קיימת חובה לערוך מכרז? זו השאלה העיקרית העומדת לבירור בערעור זה על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים.

1. המערערת – עיריית תל אביב-יפו – מחזיקה בכ-73% מן הזכויות בשטח חניון ככר אתרים בתל אביב. משיבה 2 מחזיקה בזכויות ביתרת השטח, ואילו משיבה 3 כרתה עם משיבה 2 הסכם לרכישת זכויותיה (משיבות 2 ו-3 תכוננה להלן יחד, לשם הנוחות: היזם, מבלי להבחין בין ההליכים והפעולות המיוחסים לכל אחת מהן בנפרד). היזם הגיש נגד העירייה תובענה לפירוק שיתוף בבית משפט השלום. לבסוף, ולאחר מספר הליכים, הוחלט כי פירוק השיתוף לא ייערך באמצעות חלוקת המקרקעין בעין, אלא בדרך של מכירת המקרקעין. דרך המכירה טרם נקבעה. במקביל, ובמסגרת הליך גישור בתיק אחר, הגיעו העירייה והיזם למתווה פשרה, לפיו תמכור העירייה את חלקה ליזם. התמורה מצדו של היזם כוללת, בין היתר, תשלום של 150 מיליוני שקלים; התחייבות להפעלה של החניון עד לבניית מתחם חדש, ובהמשך לכך בניית חניון בן 350 מקומות חניה שיועבר לבעלותה ושימושה של העירייה ללא תמורה נוספת; וסיום כל ההליכים המשפטיים בין העירייה ליזם. נציין כי אחת המטרות המרכזיות של העירייה, כעת ובהליכים הקודמים, היא הפעלה של חניון ציבורי במקרקעין. כאמור, הסכם הפשרה כולל התחייבות של היזם בעניין זה.

הסכם הפשרה הוצג ואושר בדיון שנערך במועצת העירייה, והצדדים התכוונו להגישו לבית המשפט של פירוק השיתוף לשם אישור ומתן תוקף של פסק דין. כנגד החלטה זו של מועצת העירייה הגיש משיב 1 (להלן: המשיב) עתירה מינהלית. המשיב, שאינו צד להליך פירוק השיתוף בין העירייה ליזם, הוא תושב תל אביב שמחזיק לטענתו בזכויות במקרקעין הסמוכים לככר אתרים. בעתירתו המינהלית טען כי ההחלטה להתקשר בהסכם הפשרה מנוגדת לדיני המכרזים, ואף התקבלה בעקבות הצגת תמונה עובדתית חסרה בפני חברי מועצת העירייה. בית המשפט לעניינים מנהליים בתל אביב-יפו קיבל את העתירה (עת"מ 17-08-27234, כב' השופטת ד' ברקאי). נקבע כי על העירייה חלים דיני המשפט הציבורי בעת מכירת חלקה בנכס בהליך של פירוק שיתוף, וכי מכך נגזרת חובתה לבחון גם את האפשרות של מכירת החניון במכירה פומבית. עוד נקבע כי לא התקיים במועצת העירייה כל דיון ביחס לחלופות מכירה אחרות להתמחרות הפנימית בין הצדדים, וכי מטעם זה החלטת מועצת העירייה "התקבלה על בסיס מידע חסר ומתעורר החשש כי נגועה היא אף בחוסר סבירות". מכאן ערעור העירייה, שסבורה כי לא נפל כל פגם בהסכם שגיבשה עם היזם.

2. העירייה והיזם טוענים, ביחד או לחוד, כי הכרעת בית המשפט לעניינים מנהליים מנוגדת לדין הנוהג בבתי משפט השלום; כי שיקול דעתו של בית משפט השלום, שנדרש

לאשר את הסכם הפשרה, מבטיח כי תתקיימנה תכליות דיני המכרזים גם ללא צורך במכרז פומבי; כי גם לפי דיני המכרזים מדובר בעסקה הפטורה ממכרז; וכי בית המשפט לעניינים מנהליים התעלם מכך שבהליכים שונים שהתנהלו בין העירייה לזום הציעו בתי המשפט לצדדים להגיע לפשרה שבה ירכוש אחד הצדדים את זכויות הצד השני. עוד נטען כי ההכרעה קמא פוגעת בזכות הקניין של הזום, שכן חוסר האפשרות לכרות הסכם פשרה עשוי להוביל למכירת זכויותיו במקרקעין במכירה פומבית. טענה נוספת היא כי מועצת העירייה קיבלה החלטה סבירה, לאחר שהוצגו לה כל הנתונים הרלוונטיים ונשקלו כל האפשרויות המתאימות.

המשיב, מנגד, שב על עיקרי טענותיו בבית משפט קמא: החלטת מועצת העירייה התקבלה על יסוד מידע משפטי ועובדתי חלקי; העירייה הפרה את דיני המכרזים עת החליטה להתקשר בהסכם הפשרה – הסכם שכלל לא התקבל במסגרת פיקוח של בית משפט השלום על הליך המכירה; גם פסיקת בתי משפט השלום אינה תומכת בעמדת העירייה והזום.

לאחר ששמענו את טענות הצדדים בדיון שנערך לפנינו, סברנו כי יש טעם שהיועץ המשפטי לממשלה (להלן גם: היועמ"ש) ישקול את התייצבותו בהליך, ואת השמעת עמדתו ביחס לשאלה המשפטית שהוצגה בפתח פסק הדין. כך לנוכח ההשלכה הכללית של השאלה שהתעוררה. היועמ"ש התייצב בהליך. לשיטתו, רשות אינה רשאית להסכים למכור את זכויותיה במקרקעין – ואפילו לאחר שנפתח הליך של פירוק שיתוף בבית המשפט – אלא בכפוף לדיני המכרזים. הסיבה לכך נעוצה בתכליות דיני המכרזים, ובפרט מתן הזדמנות שווה להתקשר בחוזה עם הרשות, התומכות בהחלת דיני המכרזים גם על עסקאות של פירוק שיתוף. עם זאת, מוסיף היועמ"ש כי במסגרת הכרעה שיפוטית בהליך משפטי של פירוק שיתוף – אין תחולה לדיני המכרזים. לאמור, בית משפט השלום שדן בפירוק השיתוף רשאי להורות על מכירת חלקה של הרשות שלא במכירה פומבית, וזאת גם אם הרשות הייתה נדרשת לערוך מכרז פומבי לו הייתה מוכרת את זכויותיה בהסכמה.

ב. מסגרת הדיון

3. בטרם דיון, וכדי להבהיר את מהלכו, יש להקדים ולהידרש ביתר פירוט לפסק הדין קמא – על מה שיש בו ועל מה שאין בו. הצדדים נחלקו בפרשנות המדויקת של פסק הדין, ודומה כי לשם הבהרתו יש להבחין בין שתי סוגיות. אחת, האם הייתה העירייה רשאית לאשר את הסכם הפשרה עם הזום, מבלי שנערך מכרז פומבי. ערכאה קמא לא

נדרשה לשאלה זו שהועלתה לפניו באופן ממוקד, ולא נטעה בה מסמרות. סוגיה שניה, שעליה הושתתה הכרעה קמא, היא הנסיבות הספציפיות שבהן התקבלה החלטת מועצת העירייה בענייננו. ביחס לכך נקבע, כאמור, כי היה על העירייה לבחון את האפשרות של מכירת החניון במכירה פומבית, וכזאת לא עשתה. ומכאן הקביעה שהחלטה "התקבלה על בסיס מידע חסר ומתעורר החשש כי נגועה היא אף בחוסר סבירות". אם תרצו, הכרעת בית המשפט לעניינים מנהליים לא התבססה על סמכותו מכוח סעיף 5 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש"ס-2000, העוסק בין היתר ב"ענייני מכרזים של רשות מקומית, שענינם התקשרות בחוזה לביצוע עסקה בטובין או במקרקעין", אלא מכוח סעיף 8 לתוספת, שעניינו "החלטה של רשות מקומית" במילוי תפקיד ציבורי על פי דין.

אף על פי שפסק הדין קמא לא עסק בשאלה הכללית של תחולת דיני המכרזים על הסכם הפשרה, אלא התמקד בנסיבות הקונקרטיות, נכון יהיה להרחיב את היריעה ולהתייחס לשאלה המשפטית העקרונית. זאת לנוכח המסקנה שתפורט בהמשך, לפיה דיני המכרזים אוסרים על העירייה להתקשר בהסכם מכירה מבלי לקיים קודם מכרז פומבי או שקיים פטור ממכרז כזה. כך, אלא אם בית המשפט הורה על פירוק השיתוף ב"דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין" (סעיף 40(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969). בנסיבות אלה, הקושי בהחלטת המועצה אינו נעוץ בפגם הקונקרטי של אי-שקילת כל האפשרויות, כפי שנקבע בהליך קמא, אלא בפגם העקרוני – הפרת החובה לערוך מכרז פומבי. בנוסף לכך, דחיית הערעור מן הטעם שנקבע בערכאה קמא תחזיר, למעשה, את הצדדים לנקודה של שקילת הסכם הפשרה. העירייה עשויה לאשרר את עמדתה גם לאחר שקילת האפשרות לערוך מכרז פומבי, ומכתבי הטענות שהגישה עולה כי מדובר באפשרות שעשויה להיות ממשית. במקרה כזה תתעורר במלוא עוצמתה שאלת תחולת דיני המכרזים על הסכם הפשרה בין הצדדים, למכירת זכויותיה של העירייה לזום. ככל שכריתת ההסכם אסורה על פי דין ללא מכרז פומבי, ראוי להבהיר זאת כבר עתה, ולא לעכב את ההכרעה פרק זמן ארוך תוך ניהול "סיבוב נוסף" בבית המשפט לעניינים מנהליים ולאחר מכן בבית משפט זה. יודגש כי הסוגיה הועלתה כבר בהליך קמא, הן בכתבי הטענות הן בדיון שנערך. גם בהליך דנן הרחיבו הצדדים לטעון ביחס לסוגיה זו בכתב ובעל פה, והיא שעמדה במרכז עמדתו של נציג היועמ"ש, שהצטרף להליך. ועיקר – בכוחו של הדיון בסוגיית תחולת דיני המכרזים להכריע את ההליך גם מבחינה אופרטיבית.

נפנה אפוא לדון בשאלת תחולת דיני המכרזים על הסכם הפשרה שאליו הגיעו היזם והעירייה. זו, כאמור, השאלה המרכזית הנדרשת להכרעה. לאחר הדיון בה נידרש בקצרה לסוגיה נוספת שהצדדים טענו לגביה בכתבי טענותיהם – היחס בין דיני המכרזים לגבולות ההכרעה השיפוטית בבית משפט השלום הדן בהליך של פירוק שיתוף. בפרט, האם ראוי כי בית משפט השלום יורה על עריכת מכירה שאינה פומבית כאשר אחד הצדדים להליך הוא רשות ציבורית. שאלה זו אינה מתעוררת אצלנו מבחינה אופרטיבית, אך כדי לשרטט תמונה שלמה של הסוגיה הנדרשת להכרעה בתיק זה, וכן לנוכח ההתייחסות אליה בפסק הדין קמא ובעמדת היועמ"ש – ראוי להבהיר נקודה מסוימת גם במישור הכללי.

ג. רשות כצד להסכם פשרה בהליך פירוק שיתוף

4. חובת העירייה למכור מקרקעין במכרז פומבי קבועה בסעיפים 197 ו-198 לפקודת העיריות [נוסח חדש]:

197. לא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין... אלא על פי מכרז פומבי.
198. השר יקבע בתקנות את צורת המכרז... ורשאי הוא לקבוע בהן סוגים של חוזים כאמור, שבהם רשאית העירייה להתקשר ללא מכרז פומבי או ללא מכרז בכלל.

כלל – וחריג בצדו. העירייה לא תתקשר בחוזה להעברת מקרקעין ללא מכרז פומבי אלא אם נקבע אחרת בחוק או בתקנות (להסדרים דומים החלים על גופים נוספים, כגון המדינה או רשויות מקומיות אחרות, ראו סעיף 2 לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992; סעיף 192 לצו המועצות המקומיות, התשי"א-1950; סעיף 89 לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958). בתקנות העיריות (מכרזים), התשמ"ח-1987 (להלן: התקנות) קבע שר הפנים שורה של מקרים – הקבועים ב-13 סעיפי משנה – שבהם עירייה רשאית להתקשר בחוזה להעברת מקרקעין ללא מכרז פומבי. דוגמאות לכך, בין היתר, הן מכירת מקרקעין למדינה או למוסד ציבורי למטרות חברתיות שונות, או מקרקעין הניתנים כפיצויי הפקעה, פינוי או במסגרת חילופי מקרקעין (תקנות 3(2)(א), 3(2)(ג), 3(2)(ו) ו-3(2)(ז)). ברם, הסכם להעברת הזכויות במסגרת פירוק שיתוף אינו נמנה עם החריגים. לכן לפי לשון סעיף 197 לפקודת העיריות, הסכם הפשרה שנחתם בין העירייה ליזם – "חוזה להעברת מקרקעין" – מחייב עריכת מכרז פומבי.

בטרם נדון בטענות העירייה והיזם בהקשר זה, נכון להציג את הרקע הדיוני-אזרחי של ההכרעה המינהלית – הליך של פירוק שיתוף שמתנהל בבית משפט השלום. הגם שהערעור דנן אינו נסוב על החלטה של בית המשפט בהליך פירוק השיתוף, חיוני לעמוד על שלביו השונים והאפשרויות העומדות בפני הצדדים במסגרתו. פירוק שיתוף במקרקעין מוסדר בסימן ב' לחוק המקרקעין (סעיפים 37-45 לחוק). בשלב זה די לומר כי הדין מכיר בזכות לתבוע את פירוק השותפות בזכויות במקרקעין (סעיף 37 לחוק). פירוק זה ייעשה על פי הסכם בין הצדדים או על פי צו של בית משפט. לאמור, ניתן לפרק את השיתוף בדרך של הסכמה בין כל השותפים בתנאים שנקבעו בחוק, לרבות האפשרות של חלוקת המקרקעין בעין באישור המפקח על רישום המקרקעין (סעיף 38 לחוק). החוק ממשיך ודן באפשרות של פירוק שיתוף כשהצדדים לא הגיעו להסכמה, וזאת בדרך של פניית אחד מן הצדדים לבית המשפט לשם פירוק השיתוף בצו שיפוטי (סעיפים 39 עד 43 לחוק). בית המשפט רשאי להורות על פירוק השיתוף בדרך של חלוקה בעין (סעיף 39), פירוק בדרך של מכירה פומבית (סעיף 40(א)) ופירוק בדרך של התמחרות בין הצדדים, או אם תרצו – "מכירה פנימית" לפי צו של בית המשפט (סעיף 40(ב) לחוק).

נזכיר כי בענייננו נפתח הליך משפטי אך טרם ניתנה הכרעה סופית. היזם חפץ בפירוק השיתוף והצדדים לא הצליחו להגיע להסכם לפני הפתיחה בהליכים משפטיים. לכן פנה היזם לבית המשפט. במהלך ההליך המשפטי הגיעו הצדדים להסכם, ומועצת העירייה אישרה את ההתקשרות בהסכם. כאמור, השאלה שבמוקד ערעור זה אינה ביקורת שיפוטית על תוכן ההסכם או דרך עיצובו – נושא שבו דן בית המשפט לעניינים מנהליים – אלא האם העירייה כרשות מקומית הייתה רשאית להגיע להסכם בדבר מכירת זכויותיה במקרקעין ללא עריכת מכרז פומבי.

5. לאחר הצגת המסגרת ההליכית, נשוב אל טענות העירייה והיזם ביחס ללשון החוק ותכליתו. נפתח בטענה הנוגעת ללשון החוק, שהיא מסד מלאכת הפרשנות. סעיף 197 לפקודת העיריות עוסק ב"חוזה", והעירייה והיזם טוענים כי הכוונה ל"עסקה רצונית". אצלנו, נטען, הסכם הפשרה אינו עסקה רצונית או חוזה, אלא עסקה שבוצעה בעקבות צו של בית משפט השלום, שהורה על פירוק שיתוף בדרך של מכירה. מעורבותו של בית המשפט באישור ההסכם הופכת את מערכת היחסים בין הצדדים מכזו שמבוססת על חוזה לכזו שנשענת על פסק דין. לפיכך סבורים העירייה והיזם כי סעיף 197 לפקודת העיריות אינו חל על הסכם פירוק השיתוף.

ניתן לחלק קו טיעון זה לשני ראשים. לפי הראש הראשון, הסכם הפשרה הוא בגדר קיום של פסק דין ולא בגדר כריתת חוזה, שכן בית המשפט של פירוק שיתוף הוא שהורה על מכירת החניון. זאת חרף התנגדות העירייה, שרצתה לפרק את השיתוף באמצעות חלוקת החניון בעין. לפי הראש השני, הצורך באישור ההסכם בבית המשפט הוא שהופך אותו מ"חוזה" ל"פסק דין". נפנה לדון בטענות אלה של העירייה והיזם כסדרן.

האם מנקודת המבט של פקודת העיריות ודיני המכרזים, עצם החלטת בית משפט השלום כי החניון יימכר פירושה כי הסכם הפשרה אינו "חוזה", כלשון החוק? סבורני כי יש להשיב על כך בשלילה. כפי שהטעימו המשיב והיועמ"ש, בית משפט השלום לא קבע מה תהיה דרך מכירת החניון, ולא נשללה האפשרות של מכירה פומבית. בית משפט השלום הכריע כי לא תהיה חלוקה בעין של המקרקעין, אלא השיתוף יפורק בדרך של מכירה. הא ותו לא. יתר על כן, בשלב שבו גיבשו הצדדים את ההסכם טרם נערך הליך מכירה מכוח צו של בית המשפט ובפיקוחו. כאמור, לשון החוק היא כי "חוזה להעברת מקרקעין" חייבת העירייה לכרות "על פי מכרז פומבי". החוק לא עוסק בשאלת השיקול של העירייה – מדוע היא מוכרת את המקרקעין: האם היא מוכרת את המקרקעין מפאת כורח כלכלי, משיקולים של פיתוח ושיפור פני העיר, או כדי להימנע מהליך מכירה אחר, כפוי, בפיקוח בית המשפט. החוק עוסק רק בשאלה כיצד לבצע את המכירה, ועונה כי דרך המלך – ובהעדר פטור חקוק – היא מכירה על פי מכרז פומבי. מקרנו אינו דומה למקרה שבו קבע בית משפט בפסק דין גם את אופן המכירה, שאז כמובן העירייה אינה רשאית לעשות דין לעצמה תוך התעלמות מפסק הדין.

6. הראש השני של הטענה שאין לפנינו "חוזה להעברת מקרקעין", פניו לשלב עתידי בהליך שמתקיים בפני בית משפט השלום. רוצה לומר כי בית המשפט קבע שהמקרקעין יימכרו, ולא יחולקו בין הצדדים בעין. בעניין זה עוסק הראש הראשון של הטענה. הראש השני מתמקד בבחינת ההסכם בידי בית משפט השלום ואישורו בדרך של מתן תוקף של פסק דין. העירייה סבורה כי אלה, לכשיתרחשו, מוציאים את הסכם הפשרה מכלל "חוזה להעברת מקרקעין", באופן שניתן לכרתו ללא מכרז פומבי. דא עקא, קו זה אינו מתיישב עם משמעותו של הסכם פשרה במסגרת הליך משפטי, לרבות הסכם שמקבל תוקף של פסק דין. כידוע, פסק דין שנותן תוקף להסכמות הצדדים להליך שיפוטי "הינו בבחינת יצור כלאיים: ראשו של היצור הוא פסק הדין וגופו הוא ההסכם" (בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(4) 591, 606 (1994)). מבין שני אלה, בענייננו הדגש מצוי בהיבט ההסכמי שבפסק הדין. הסכם הפשרה יונק את חיותו מהסכמת הצדדים, ולא

מתוקפו כפסק דין. לדוגמא, אם נפל פגם ברצונו של אחד הצדדים לפי דיני החוזים, כגון טעות, כפיה או עושק – עומדת לאותו צד הזכות המהותית לביטול ההסכם, חרף תוקפו כפסק דין (ע"א 116/82 לבנת נ' טולידאנו, פ"ד לט(2) 729, 733-734 (1985)). במקרה כזה אין מפגש רצונות, ובהעדר רצון אין בסיס להסכם הפשרה. במצב זה צד יהא רשאי, בהתאם לנסיבות, להגיש תובענה נפרדת ולא ערעור על הפסק הדין. תובענה זו, אם תוגש, תבחן את ההסכם – קרי, החוזה – בין הצדדים. צד לא יוכל להתגונן מפני תובענה כזו בטענה שפסק הדין עומד על רגליו הוא, ומרוקן את המהות ההסכמית של החיוב המשפטי.

לעומת זאת, היבט ה"פסק דין" של הסכם הפשרה רלוונטי לתוצאות האופרטיביות של ההסכם במישור הדיוני, ואינו קשור למקור תוקפו. למשל, צד המעוניין לבטל הסכם רגיל מחמת הטעיה, כפיה או עושק, רשאי לשלוח לצד השני הודעת ביטול (סעיף 20 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973). מנגד, ביטול מאותן סיבות של הסכם שקיבל תוקף של פסק דין מצריך, כאמור, פניה לבית המשפט (ע"א 230/87 שקולניק נ' זכאי, פ"ד מו(3) 279, 283 (1992)). עוד ביטוי לכך שמדובר בפסק דין, ולא בהסכם רגיל, הוא האפשרות לממש את הסכם הפשרה באמצעות הליכי הוצאה לפועל, במקרים המתאימים. במילים אחרות, בלב ההסכם מצוי הרצון, ולא התוקף של פסק דין. נכון כי פסק הדין מעניק להסכם שכבת הגנה נוספת ו"מבצר" אותו, אך זהו שריון חיצוני – גוף ולא נשמה. ועיקר לענייננו – עסקינן בחוזה. תוקף של פסק דין מעניק מסגרת להסכם בין הצדדים, ואולם פסק הדין אינו בולע את ההסכם אלא מאמץ אותו אל חיקו בתור שכזה.

לכן מבחינה לשונית, הסכם הפשרה הוא בגדר "חוזה להעברת מקרקעין", גם כאשר מדובר בחוזה שקיבל תוקף של פסק דין. תוקף כזה אינו מפקיע את מעמדו כחוזה. גם הטענה שבית משפט השלום עתיד לבחון את ההסכם בטרם אישורו אינה מעלה או מורידה. גם אם יש לבית המשפט סמכות לאשר את הסכמת הצדדים, ואף אם ההסכם נבחן בטרם אישורו, עדיין מדובר בפסק דין הנותן תוקף להסכמת הצדדים, ולא בצו שיפוטי המבוסס על הכרעת בית המשפט ללא הסכמה. הסכם הפשרה נותר בגדר חוזה השואב את חיותו מהסכמת הצדדים, וזאת גם אם דרכי אכיפתו או שינויו הם כאלה של פסק דין.

7. עד כאן עסקנו בלשון החוק. צוין כי "חוזה להעברת מקרקעין" כולל, לפי פשוטו של מקרא, גם הסכם פשרה במסגרת של הליך פירוק שיתוף. העירייה והיזם טוענים

שתוצאה זו קשה. שתי הטענות המרכזיות, בהקשר זה, שלובות זו בזו: מצד אחד, נטען כי בנסיבות של הסכם פשרה שנערך במסגרת הליך משפטי, ניתן להשיג את תכליות דיני המכרזים גם מבלי לערוך מכרז פומבי. בד בבד הודגשו היתרונות שיש לעירייה באפשרות לכרות הסכם פשרה ללא מכרז, הסכם שניתן לעצב את תנאיו באופן שאינו אפשרי במסגרת מכרזית; והפגיעה בקניינו של היזם, בשל כך ששלילת האפשרות לכרות הסכם פשרה מגדילה את ההסתברות לעריכת מכירה פומבית של המקרקעין, שבה יאבד היזם את חלקו במקרקעין. על רקע הטענה הראשונה, לפיה תכליות דיני המכרזים נשמרות במסגרת ההליך המשפטי גם ללא מכרז פומבי, נטען כי הפגיעה באינטרסים של העירייה ובזכות הקניין של היזם אינה מוצדקת. האם טענות אלה מחייבות אותנו לבחון עד כמה ניתן "למתוח" את לשון החוק, והאם ניתן בכל זאת – ולו בדוחק – לקרוא לתוכה פטור ממכרז ביחס להסכמי פשרה בהליך של פירוק שיתוף?

בניגוד לטענות העירייה והיזם, איני סבור כי שלילת האפשרות לכרות הסכם פשרה ללא מכרז יוצרת מציאות קשה או כזו שמצדיקה מתן של מעין פטור מעריכת מכרז פומבי שלא מפורש בחקיקה. בראייה רחבה ומשיקולי מדיניות, אף ההפך הוא הנכון. דווקא פטור ממכרז עלול ליצור מצבים בלתי רצויים. בראש ובראשונה, יש לדחות את הטענה שתכליות דיני המכרזים נשמרות בנסיבות העניין גם ללא מכרז פומבי. מכירה פטורה ממכרז – גם במסגרת הסכם פשרה בין שותפים – פוגעת או עלולה לפגוע בתכליות המרכזיות של דיני המכרזים:

"המכרז הציבורי מושתת על שני עקרונות יסודיים: האחד – השגת יעילות מירבית וחסכון בכספי ציבור בעסקאות מכירה וקניה של שירותים ומצרכים שהרשות הציבורית מעורבת בהם באמצעות גורם התחרות. השני, והעיקרי – עקרון השוויון וההגינות, המחייב מתן הזדמנות שווה לכל המציעים. עקרון השוויון במכרז הציבורי מטיל חובה על הרשות, כעורכת המכרז, לנהוג בשוויון ובהגינות, תוך מתן הזדמנות שווה לכל אדם המעוניין לבוא עימה בקשר עיסקי. המכרז הציבורי נועד להשיא את מירב יתרונות היעילות והחסכון לרשות הציבורית, תוך הגשמת ערכים של טוהר מידות, הגינות ושוויון בהליך הבחירה של הזוכה. 'בשל אינטרס זה, על הרשות לכלכל מעשיה באופן כזה שלא תעניק זכויות במתן אספקה או שירותים, אלא על-פי כללים שנועדו להבטיח שוויון והעדד משוא פנים וליצור אמון בשיקוליהם והוראותיהם של המופקדים על המינהל הציבורי'. מתן סיכוי והזדמנות שווים לכל אדם מן הציבור הוא, אפוא, לב לבו של המכרז הציבורי (ע"מ 10089/07 א'ירוס הגלבו בע"מ נ' ברוך, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (05.04.2011)). האסמכתאות הושמטו.

הסכם הפשרה בענייננו עלול לפגוע בתכליות אלה. אחת, הוא מונע מגורמים נוספים המעוניינים לרכוש את זכויות הרשות במקרקעין את ההזדמנות השווה לעשות זאת. ודוקו, המשיב טען כי הוא מחזיק בבעלותו במקרקעין בסמוך למקרקעין מושא ההליך, וכי ברצונו וביכולתו להתחרות ביזם על הזכויות במקרקעין במסגרת מכרז פומבי שייערך, באופן שעשוי להניב לעירייה תמורה גבוהה יותר עבור זכויותיה במקרקעין. שנייה, יתכן שעריכת מכרז פומבי במקום הסכם הפשרה תגדיל את התמורה שתקבל העירייה עבור זכויותיה במקרקעין. האם ניתן לשלול את האפשרות שיזם אחר היה מציע הצעה כספית גבוהה יותר עבור הזכויות? בל נשכח כי מדובר בכספי ציבור. שלישיית, האפשרות של עריכת הסכם פשרה ללא מכרז מעלה חשש מפני פגיעה בטוהר המינהל הציבורי והאדמיניסטרציה, ובאמון הציבור באלה. לשם ההמחשה, איש מן הצדדים לא חלק על הקביעה – שהיועץ המשפטי לממשלה ציינה במפורש – שלו הייתה העירייה מוכרת מרצונה את זכויותיה במקרקעין בשוק החופשי ובמהלך העסקים הרגיל, הייתה חייבת לעשות זאת על פי דיני המכרזים. ואולם לפי עמדת העירייה והיזם, אם תימכרנה אותן זכויות לאחר שהגיש אחד השותפים תביעה לפירוק שיתוף בבית המשפט – תוכל העירייה למכור את זכויותיה לשותפה ללא מכרז במסגרת הסכם פשרה. ואף אם נשליך ייבנו על חזקת התקינות, לפיה הרשות עצמה אינה חפצה לעקוף את דיני המכרזים – נוצר לשותף של הרשות מקום להתגדר בו. כעת יכול הוא ליזום הליך של פירוק שיתוף, ולקבל הזדמנות לרכוש את זכויות הרשות בפטור ממכרז. גם הצורך לאשר את הסכם הפשרה בבית המשפט אינו מגשים – בוודאי לא באופן מלא – תכליות אלה.

לתפיסתי, עמדת העירייה והיזם פועלת, בסופו של דבר, נגד עצמה. במובן זה, קו הטיעון של השניים צפוי. העירייה והיזם הגיעו להסכם. הם מגינים עליו והתערבות בהסכם מקשה עליהם. ברם, התכלית של דיני המכרזים היא ההכרה בכך שיש עולם מחוץ לשני הצדדים להסכם. זהו השוני בין הסכם שכרתו שני יחידים להסכם שכרתה רשות ציבורית. כידוע, דיני המכרזים נועדו לשמור על השוויון. פניהם כלפי צדדים שלישיים שאינם בהכרח מזוהים. בענייננו המשיב מעוניין לקבל הזדמנות לרכוש את זכויות העירייה שנמכרו ליזם. המכרז נועד לבחון את הדבר, גם בהיבט של האינטרס הציבורי. אינטרס זה מוכן להקריב את התוצאה המהירה והקיימת שאליה הגיעו הרשות והגורם הנוסף ולאפשר את בחינתה. במובן זה, אין צורך למתוח ביקורת על העירייה, אך המכרז מחייב אותה לאפשר לצדדים נוספים להתחרות על הזכות לרכוש את הנכס. כאמור, הצידוק לכך הוא שמירה על שוויון ועל טוהר ההליך, בעוד שאין לשלול את היתרון הכלכלי שעשוי לקום כתוצאה מפתחת שורות המציעים. אכן, יש אפשרות אחרת מלבד

עריכת מכרז פומבי למכירת זכויות העירייה, והיא שגורם חיצוני – בדמות בית המשפט – יפקח על ההליך מתוך מודעות לכל הנסיבות. לכך אתייחס בהמשך. כעת די להדגיש כי אין דין הסכם פשרה שהוגש לאישור בית המשפט, כדין הכרעה שיפוטית תוך מתן הדעת על מכלול הנסיבות. בעוד שהאחרונה שמה את הדגש על שיקול דעתו של בית המשפט, הסכם הפשרה שם את הדגש על שיקול דעתם של הצדדים. כאמור, שיקול דעת זה אינו מגשים את תכליות דיני המכרזים.

8. היזם והעירייה הדגישו, כאמור, שיקולים אחרים. העירייה טענה כי האפשרות לכרות הסכם פשרה עם היזם ללא מכרז מאפשרת לה גמישות רצויה ביחס לעיצוב תנאי ההסכם. היזם מוסיף כי החלת דיני המכרזים על הרשות מובילה לחיובו למכור גם את חלקו במקרקעין במכירה פומבית, שכן אין באפשרותו לסיים את הליך פירוק השיתוף באמצעות קניית חלקה של הרשות. כן נטען כי פגיעה זו עלולה להתעצם במקרים מסוימים, כגון מקרה שבו השותף אוחד במרבית הזכויות במקרקעין, למשל בתשעים אחוז מהם. אף כי אין להקל ראש בטענות אלה, איני סבור כי הן חורגות מן המסגרת הנורמטיבית הרגילה של דיני המכרזים ודיני פירוק השיתוף, שבגדרם לא התקבלה עמדת העירייה והיזם.

אשר לטענת העירייה, המדגישה את הסדר המגביל של המכרז ביחס להסכם הפשרה, הרי שכפי שהוסבר לעיל – עקרון השוויון דוחה גם אספקטים של יעילות בדיני המכרזים. אלה אינם מניחים שהמכרז הוא לעולם האמצעי היעיל ביותר, אלא מכירים בכך שלעיתים היעילות נדחית מפני מתן אפשרות שווה לציבור לירות הסכם עם הרשות. בכך אין כל חדש. אכן, במקרה של פירוק שיתוף עשוי להיות אינטרס ייחודי של הרשות לבצע עסקה עם שותפה בפטור ממכרז פומבי. כך סבר גם מחוקק המשנה, שקבע את המקרים שבהם פטורה המדינה ממכרז, ביחס למצב שבו למדינה יש פחות ממחצית הזכויות במקרקעין: "עיסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, אינה טעונה מכרז כאשר נושא ההתקשרות הוא אחד מאלה... (2) הענקת זכויות במקרקעין למי שהוא בעל זכויות במקרקעין משותפים אשר בהם למינהל פחות ממחצית מן הזכויות, והכל אם אין אפשרות לחלוקה בפועל של המקרקעין על פי תכנית כמשמעותה בחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965" (תקנה 25(2) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993. יוער כי תקנות חובת המכרזים אינן חלות על עירייה, ובתקנות העירויות (מכרזים) אין פטור מקביל לעירייה). מתקנה זו ניתן ללמוד שלושה. ראשון, מחוקק המשנה סבר כי חוזה לביצוע עסקה במקרקעין, המוזכר בחוק חובת מכרזים, כולל גם הסכם לפירוק שיתוף. שני, מחוקק המשנה קבע כי מצב של פירוק שיתוף מצדיק, לעיתים

פטור. שלישי, פטור כזה ניתן ואף נדרש לקבוע במפורש בתקנות. בהעדר פטור כזה, ההכרעה היא שיש לערוך מכרז פומבי, אף על פי שהרשות עשויה להפיק לעיתים יתרון מפירוק השיתוף ללא עריכת מכרז פומבי.

אשר לטענת היזם בדבר פגיעה בקניינו, הרי שעסקינן בחובת העירייה למכור את חלקה על פי דיני המכרזים ככל שמדובר במכירה רצונית, שלא על פי צו של בית המשפט. היזם אינו חייב למכור את חלקו במכרז פומבי או בכל דרך אחרת, אלא אם ניתן צו של בית משפט בהליך של פירוק שיתוף. בהליך כזה ממילא קובע חוק המקרקעין כי המקרקעין בשלמותם יימכרו במכירה פומבית, בכפוף לשיקולי צדק ויעילות ששקל בית המשפט. היזם הדגיש זווית נוספת, וטען כי הפגיעה בקניינו נוגעת למקרים "קשים", למשל מקרה שבו הוא אוחד ברוב המכריע של הזכויות במקרקעין. במקרה כזה, כך נטען, החיוב לערוך מכירה פומבית פוגע באופן קשה הרבה יותר בזכותו של המחזיק ברוב הזכויות, שאנוס להציע את חלקו למכירה. המענה לטיעון זה מצוי באפשרות החקוקה לזכות בפטור ממכרז. המחוקק היה ער לכך שישנם מקרים שבהם ראוי לפטור רשות ממכרז פומבי, והסמיך את מחוקק המשנה לקבוע מקרים שבהם יהיה פטור ממכרז. ראינו לעיל את קביעת תקנה 25 לתקנות חובת המכרזים, הפוטרת את המדינה ממכרז במקרה של פירוק שיתוף שבו המדינה מחזיקה בפחות ממחצית הזכויות במקרקעין. תקנה זו סוללת דרך להתמודדות עם מצבים שבהם חובת המכרז הפומבי יוצרת קושי. הדרך היא קביעת פטור בחקיקת המשנה, ולא פירוש מלאכותי של החקיקה הראשית, באופן שהסכם פשרה בכגון דא אינו בגדר "חווה". בהקשר זה, יש חשיבות לעמדה שהוצגה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בהליך זה. בסעיף 27 לתגובה נכתב כי "במסגרת ישיבה בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה [משפט אזרחי], שהתקיימה לצורך גיבוש העמדה, סוכם כי משרד הפנים יבחן את האפשרות לקבוע הסדר דומה לתקנת הפטור הקבועה בתקנה 25(2) לתקנות חובת מכרזים גם ביחס לרשויות מקומיות, קרי: פטור ממכרז במצב שבו הרשות מחזיקה בפחות מ-50% מהזכויות בנכס". אין בכך להביע עמדה, אלא להראות כי ישנו מענה לטענה שהועלתה בדרך של תיקון חקיקה, והעניין אף נשקל בימים אלה. להלן נראה גם כי פתרון אפשרי נוסף לקושי זה מצוי בסמכותו של בית המשפט הדין בפירוק השיתוף.

9. העירייה הוסיפה וטענה כי גם לו ייקבע שחלה עליה חובת מכרז פומבי באופן עקרוני – בענייננו קיים בתקנות פטור מעריכת מכרז. הטענה מבוססת על תקנה 3(2)(ד), שקובעת כי "העירייה רשאית להתקשר בחוזה ללא מכרז אם... המקרקעין מועברים לאדם שהתחייב לפתח אותם תוך זמן שקבעה העירייה ובהתאם לתכנית... אם מועצת העירייה ביקשה לגביהם, ברוב חבריה, לשחררה מחובת עריכת מכרז ושר הפנים אישר את בקשת

העירייה לאחר שנוכח כי בנסיבות הענין עריכת המכרז לא תביא תועלת, לרבות תועלת כספית". ברם, בענייננו לא נטען – ובוודאי שלא הוכח – כי מתקיימים חלק מתנאי הסעיף, כגון בקשת מועצת העירייה לשחררה מחובת עריכת מכרז, או אישור שר הפנים. אף לא הונחה תשתית ברורה לקיומם של תנאים אחרים, כגון התחייבות היזם לפתח את המקרקעין בתוך זמן מסוים ובהתאם לתכנית. ככל שסבורה העירייה כי הסעיף יכול לחול על ענייננו באופן עקרוני, רשאית היא לפעול במסלול זה, מבלי להביע עמדה כמובן בקשר לתחולתו העקרונית על מקרנו. נאמר רק כי דווקא טענה זו של העירייה, וסעיף זה של התקנות, מדגימים שוב את הדרך הראויה שבה ראוי לפסוע ביחס למקרים שבהם שיקולים שונים מצדיקים פטור ממכרז פומבי. ככל שטענת העירייה היא שהפטור מוצדק לנוכח הצורך לפתח את המקרקעין לטובת הציבור – הרי שיש לפסוע בנתיב חקיקת המשנה.

לבסוף, העירייה טענה כי סעיפים נוספים של חוק המקרקעין מכשירים את הסכם הפשרה שבנדון, כגון סעיף 43 לחוק הקובע ש"בית המשפט יתחשב ככל האפשר במשאלותיהם של השותפים" במסגרת פירוק השיתוף. אין צורך להרחיב ביחס לטענות אלה, שאינן חלות על נסיבות המקרה שלפנינו. סעיף 43, כמו סעיפים אחרים שאליו הפנו הצדדים, מכוון אל בית המשפט, ומורה לו כי במסגרת הכרעתו בהליך של פירוק השיתוף ומתן הצו השיפוטי עליו להתחשב בשיקולים שונים. ברם, אצלנו ההליך אינו עוסק בצו של בית המשפט או בהכרעה שיפוטית בהליך פירוק השיתוף, אלא בשאלת תחולת דיני המכרזים על העירייה, והאם הייתה רשאית לגבש הסכם פשרה במנותק מדינים אלה.

10. סיכומם של דברים, לפי לשון פקודת העיריות, חובת המכרז הפומבי חלה גם על הסכם פשרה שרוצה רשות לכרות במסגרת הליך של פירוק שיתוף. תוצאה זו באה להגן על תכליות דיני המכרזים ועל תכליות דיני פירוק השיתוף. ונכון לדייק: הדין הוא הקובע. כשם שיש לפעול על פי הדין כאשר הוא מחייב לערוך מכרז פומבי, כך יש להכיר בפטור מחובה זו הרשום בדין. המסקנה היא שהסכם הפשרה שגיבשו העירייה והיזם מנוגד לדין, כפי שנקבע בערכאה קמא, ודין הערעור להידחות.

עד כאן הדיון בטענות הערעוריות. ואולם הצדדים – לרבות היועץ המשפטי לממשלה – הוסיפו והעלו טענות ביחס לסוגיה נוספת וקשורה, שאינה נדרשת במסגרת ההכרעה דנן: האם בית משפט השלום, הדן בפירוק השיתוף, כפוף גם הוא לדיני המכרזים? וביתר פירוט, האם יכול בית המשפט להורות על מכירה פנימית, בין השותפים בלבד, גם אם הרשות הייתה נדרשת לערוך מכרז פומבי לו היה מדובר במכירה רצונית

של זכויותיה? ודוקו, עד עתה עסקנו בתחולת דיני המכרזים על פירוק שיתוף בהסכמה, ללא הליך שיפוטי או במסגרת הסכם פשרה בהליך של פירוק שיתוף. כעת, לעומת זאת, השאלה מתעוררת ביחס להכרעה שיפוטית בדבר מכירת מקרקעין שלא ניתן לחלקם בעין. אצלנו בית המשפט של פירוק שיתוף טרם הכריע בדרך המכירה של המקרקעין. מטעם זה הסוגיה אינה מתעוררת במקרנו – ויתכן שגם לא תתעורר – ובוודאי שאין מקום להידרש לנסיבות המקרה דנן. יחד עם זאת, נדרשת הבהרה מסוימת בדבר הדין הכללי, וזאת כדי לשרטט תמונה שלמה יותר של חובת המכרז במקרים של פירוק שיתוף, ולנוכח עמדת היועץ המשפטי לממשלה וחוסר בהירות של פסק הדין קמא ביחס לנקודה זו.

ד. הכרעה שיפוטית בהליך פירוק שיתוף כשאחד השותפים הוא רשות ציבורית

11. האם על בית המשפט הדין בהליך של פירוק שיתוף להורות על מכירת זכויות העירייה במקרקעין ללא מכרז פומבי, במקום שבו החוק והתקנות אינם מאפשרים זאת לעירייה עצמה? מכתבי טענותיהם של המערער, העירייה והיזם עולה כי הראשון משיב לשאלה זו בשלילה, ואילו האחרונים משיבים עליה בחיוב, הגם שצדדים אלה לא הרחיבו ביחס לנקודה זו. היועמ"ש הבהיר במפורש את עמדתו, לפיה במסגרת הכרעה שיפוטית של בית המשפט דיני המכרזים אינם מחייבים אותו. בית המשפט המחוזי ציין, בהערת אגב שלא נדרשה לשם הכרעה בתיק, כי בית משפט השלום יכול להחליט כי פירוק השיתוף בין היזם לעירייה יכולה להיות גם בדרך של מכירה פנימית.

בטרם נציג את השיקולים השונים, נבהיר שוב כי בית משפט השלום טרם קבע בענייננו את דרך המכירה. נוסיף כי ההליך הנוכחי – שאינו ערעור על הליכי פירוק השיתוף – ממילא אינו ההליך המתאים להכרעה אופרטיבית בשאלה זו. הדברים שלהלן תכליתם להבהיר נקודה חשובה ביחס לדין הכללי החל על ההליכים המתנהלים בין הצדדים: המשקל שיש לתכליות דיני המכרזים גם בהליכי פירוק שיתוף.

12. הודגש לעיל כי דיני המכרזים חלים גם אם הרשות היא צד להליך פירוק שיתוף מקרקעין. המעבר בין דיני המכרזים לדיני פירוק השיתוף נעשה בעת המעבר של שיקול הדעת מהרשות הציבורית לשיקול הדעת של בית המשפט. בשל כך חשוב להציג שוב – וביתר פירוט – את כללי הדין של פירוק השיתוף. ישנם ארבעה מצבים אפשריים לפירוק השיתוף כאשר אחד השותפים חפץ בכך. המצב הראשון הוא הסכם שאליו הגיעו השותפים. סעיף 37 לחוק המקרקעין מדגיש כי כל שותף במקרקעין רשאי בכל עת לדרוש את פירוק השיתוף. הובאה העמדה כי הסעיפים הרלוונטיים לפירוק השיתוף (סעיפים 37-40) מבטאים גישה לפיה הדין אינו "מתלהב" מקיומו של שיתוף במקרקעין, והוא

"נתפס כמצב בלתי רצוי" (פסקה 11 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, תוך התייחסות לעמדת המלומד יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 134-136, 278-279 (1997)). להשקפתי, הצגת הדברים באופן זה אינה מדויקת. החוק אינו נגד שותפות במקרקעין, אלא נגד כפיית המשך שותפות גם על יחיד שאינו מעוניין להמשיך בה. אין שאיפה להשכנת שלום או שלום בית במקרקעין. התפיסה היא שהשותפות היא יחידה שמורכבת מכל חלקיה, ובהינתן הסתייגות של השותף הבודד דין החבילה להתפרק. כך, ללא קשר למספר השותפים שתומכים בהמשך השותפות או בגודל אחוזי השותף שמעוניין בפירוק השותפות. מכל מקום, אם הצדדים הגיעו להסכמה, הדין דורש את אישור המפקח על רישום המקרקעין וחלוקה בעין. זהו מצב אחד שבו מתפרק השיתוף.

שלושת המצבים הנוספים נוגעים לשותפים שלא הגיעו להסכם מחוץ לבית המשפט, ואחד מהם פונה לבית המשפט. לנוכח האמור לעיל, התוצאה תהיה פירוק השיתוף, והשאלה היא באיזו דרך. סעיפים 39 ו-40 מתייחסים לשלושת המצבים השונים. אחד, פירוק דרך חלוקה בעין על פי צו של בית המשפט. עניין זה אינו מתעורר כאן, ובכל מקרה הוא אינו מעורר את שאלת עריכתו של מכרז פומבי. סעיף 40 כותרתו "פירוק דרך מכירה". הסעיף מציג שתי אפשרויות נוספות. אחת, מכירת המקרקעין. סעיף 40(ב) מלמד אותנו כי מכירה תהיה בדרך שבה נמכרים מקרקעין מעוקלים בהוצאה לפועל. דרך זו כוללת מכירה פומבית. לעניין הסוגיה המתעוררת כאן, יש חשיבות לסיפא של סעיף זה: "זולת אם הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין". דוגמא לכך בפסיקה שהובאה היא התמחרות פנימית בין השותפים. ניתן לשים לב כי היחס בין שתי האפשרויות האחרונות הוא של כלל וחריג:

"אין ספק כי הדרך הרגילה, שנקבעה על-ידי המחוקק לפירוק שותפות בנכסי דלא נידי שאינם ניתנים לחלוקה, היא מכירה פומבית... המחוקק [משאיר] פתח למכירת הנכסים שלא בדרך מכירה פומבית הקבועה בחוק ההוצאה-לפועל, באמרו שבית-המשפט רשאי להורות על דרך אחרת, הנראית לו יעילה וצודקת בנסיבות הענין. ברם אין ספק שהכלל הוא, שהפירוק נעשה בדרך של מכירה פומבית, וכי הדרך האחרת (בין היתר מכירה תחרותית בין השותפים), היא דרך יוצאת מן הכלל. וכי על מי שמבקש שבית-המשפט יסטה מן הכלל, חובת ההוכחה, שבנסיבות הענין, הדרך השניה היא גם יעילה וגם צודקת" (ע"א 190/73 חזקיהו נ' שרף, פ"ד כח(2) 44, 48-49 (1974)). וכן ראו רע"א 1497/09 בעלי זכויות בחלקה 10 בגוש 6884 נ' ויסמן, פסקה 18 (27.7.2010)).

המחוקק קבע כי הכלל הוא שמכירה תהיה פומבית, ולא מכירה פנימית בין השותפים. על פי רוב, מכירה פומבית מאפשרת לכל אחד מן השותפים לקבל את המחיר הגבוה ביותר עבור חלקו. אמנם ישנה הכרה גם ביוצאים מן הכלל, שבהם המכירה תהיה בין השותפים, למשל מקרה שבו הוצאות הליך המכירה הפומבית גבוהות ביחס לשווי הנכס, או דוגמא שבה כל השותפים מסכימים למכירה הפנימית (כאשר עסקינן בגורמים פרטיים) (ראו שם). בהערת אגב נציין כי הסדר זה נותן מענה נוסף לטענות היזם בדבר פגיעה בקניינו, הנובעת מכך שאין באפשרותו לרכוש את זכויות העירייה במקרקעין בפטור ממכרז במסגרת הסכם פשרה. כאמור, הכלל שקובע החוק הוא מכירה פומבית של המקרקעין לשם פירוק השיתוף, ככל שלא ניתן או ראוי לחלק את המקרקעין בעין. אין לקבל אפוא את הטענה כי אדם זכאי לכך ששותפו יסכים למכירה פנימית, ועל אחת כמה וכמה שאין זכות קנויה להסכמת השותף למכור את חלקו במסגרת הסכם פשרה. זאת ועוד, המכירה הפומבית של המקרקעין רק מרחיבה את מעגל המשתתפים במכירה, ואין היא שוללת מן השותפים את האפשרות העקרונית להשתתף בה ולשמור על קניינם (ראו למשל רע"א 972/10 פלוני נ' פלונית (03.03.2010)). נתון זה מאיר כי ההבדל העיקרי בין האפשרות של היזם להציע לרשות תמורה מסוימת במסגרת הסכם פשרה, לאפשרות של היזם להציע תמורה עבור המקרקעין במסגרת מכירה פומבית, הוא העדרה של תחרות במקרה הראשון.

13. נשוב לסוגיה שלפתיחנו. שלושת המצבים האחרונים עוסקים בפירוק השיתוף בצו שיפוטי, ושני המצבים האחרונים עוסקים בצו למכירת המקרקעין. מה היחס בין שני מצבים אלה לדיני המכרזים? בניסוח אחר, האם מצבים אלה כפופים גם הם לדיני המכרזים כאשר אחד הצדדים הוא רשות ציבורית, למרות שכעת איננו דנים בשיקול הדעת של הרשות הציבורית אלא של בית המשפט? נבהיר כי אמנם דיני המכרזים עוסקים ב"מכרז פומבי", ואילו בהוצאה לפועל נערכת "מכירה פומבית", אך לצורך העניין נניח – וכך הניחו הצדדים בהליך זה – שמכירה פומבית בהוצאה לפועל מקיימת את הדרישה המהותית של עריכת מכרז פומבי לפי פקודת העיריות. השאלה היא אפוא האם רשאי בית המשפט להורות על מכירה שאינה פומבית מבלי להידרש כלל לדיני המכרזים בעת ההכרעה.

מקובלת עלי העמדה שבית המשפט אינו חייב להורות על מכירה פומבית, וזאת גם אם לא קיים בדיני המכרזים פטור ממכרז פומבי שהיה חל לו הייתה הרשות מוכרת את זכויותיה באופן רצוני. הדגש הוא על כך שלפי חוק המקרקעין, על בית המשפט להורות על מכירה פומבית, אלא אם יש דרך שנראית יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין.

הנה כי כן, היעילות והצדק הם השיקולים שעל בית המשפט לשקול. דיני המכרזים לא חלים אלא יש חובה לשקול שיקולים. זאת במישור הסמכות.

ומסמכות לשיקול דעת. ניתן לשאול האם כפוף בית משפט השלום לדיני המכרזים באופן "רך" יותר, במובן זה שעליו להפעיל את סמכותו לפטור ממכירה פומבית רק כאשר דיני המכרזים מאפשרים זאת או לתת לנתון זה משקל מכריע. עמדה אחרת היא כי שיקול דעתו מנותק לגמרי מדיני המכרזים, וניתן לקבוע כי מכירה פנימית בין הצדדים היא "יעילה וצודקת" גם במצב שבו לפי דיני המכרזים נדרש היה לערוך מכרז פומבי למכירת זכויות הרשות. כאמור, מכתבי הטענות של המשיב נראה כי לשיטתו שיקול הדעת של בית משפט השלום כפוף לדיני המכרזים, ואילו לעמדת היועץ המשפטי לממשלה דיני המכרזים אינם נוגעים להכרעת בית המשפט בהליך של פירוק שיתוף. הוא מדגיש את שאלת הסמכות. לגישתו קיימת "התנגשות" בין הוראות חוק המקרקעין והוראות פקודת העיריות הקובעות חובת מכרז פומבי, וחוק המקרקעין קובע הסדר ספציפי, הגובר על ההסדר הכללי שנקבע בפקודת העיריות. דעתי היא כי הכלל הראוי מצוי בדרך הביניים.

הקווים המנחים לשיקול דעתו של בית משפט השלום בהליך של פירוק שיתוף עולים מלשון החוק ומתכליות דיני פירוק השיתוף, אך גם מתכליות דיני המשפט הציבורי. אמנם, תחולתם של אלה עקיפה, שכן ההכרעה מסורה כעת לבית המשפט, ולא מדובר בפעולה של הרשות. כך או כך, סבורני כי לא קיימת התנגשות בין דיני פירוק השיתוף לערכי המשפט הציבורי, ובפרט אלה העומדים ביסוד דיני המכרזים. לפי לשון חוק המקרקעין, על בית המשפט לשקול חריגה ממכירה פומבית על בסיס שיקולי צדק ויעילות – עליו לבחור "דרך שנראית לו יעילה וצודקת". שיקולים אלה נותנים מקום גם לתכליות דיני המכרזים שהוזכרו לעיל: שוויון, קבלת תמורה מירבית תמורת הזכויות הנמכרות ושמירה על אמון הציבור בהליך. משמעות הדבר היא שכאשר בית המשפט דן בדרך המכירה של מקרקעין שהרשות שותפה בהם, עליו לתת משקל גם לאלה, ולשאלה האם ועד כמה סטייה ממכירה פומבית תפגע בהם. ברם, אין אלה שיקולים בלעדיים. ניתן לשקול גם שיקולי יעילות או צדק אחרים, וגם אם אין להם ביטוי קונקרטי ופורמלי בדיני המכרזים שהיו חלים על הרשות לו הייתה מוכרת את חלקה במקרקעין מרצונה. זהו הביטוי לתפר שבין שני הדינים – מצד אחד פירוק שיתוף שאחד הצדדים לו אינו רשות ציבורית, ומצד שני התכליות שביסוד דיני המכרזים החלים בעת מכירת חלקה של הרשות במקרקעין. הצדדים קיימים זה לצד זה, וכך גם השיקולים הרלוונטיים לכל אחד מענפי הדין. הסמכות לפי סעיף 40 לחוק המקרקעין מונחת לפתחו של בית המשפט. עליו לשקול את מלוא השיקולים על פי נסיבות המקרה הקונקרטי.

14. סוף דבר, ומנימוקים אחרים מאלה של בית המשפט המחוזי – הייתי מציע לחבריי לקבוע כי אין מקום להתערב בהכרעת בית המשפט המחוזי, לפיה דין החלטת מועצת העירייה להתבטל. בתמצית, דעתי היא כי העירייה חייבת לפעול לפי פקודת העיריות ודיני המכרזים עת מוכרת היא את זכויותיה במקרקעין על פי שיקול דעתה, ובכלל זאת גם הסכם פשרה במסגרת הליך משפטי. שנית, בית המשפט הדן בפירוק השיתוף אינו כפוף לדיני המכרזים. שלישית, במסגרת שיקול הדעת הנתון לו לפי החוק, והשיקולים המנויים במפורש בחוק, יש מקום כי בית המשפט י שקול גם את ההיבט הציבורי של פירוק השיתוף.

הערעור נדחה. העירייה תישא בשכר טרחת עורכי דינו של המשיב (משיב 1) ובהוצאותיו בסך של 20,000 ש"ח, ואילו משיבות 2 ו-3 ("היזם") – כל אחת מהן – תישאנה בשכר הטרחה ובהוצאותיו של המשיב בסך של 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

1. אני מסכימה לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל.

ראשית, אני מסכימה לעמדתו של השופט הנדל לפיה חובת המכרז הפומבי חלה על רשות מקומית גם כאשר היא מבקשת לירות הסכם פשרה במסגרת של הליך פירוק שיתוף, וכי הסכם הפשרה שגיבשו העירייה והיזם במקרה הנדון מנוגד לדין, ועל כן דין הערעור להידחות.

2. כפי שציין חברי, חובת עריכת מכרז חלה על רשות מקומית המבקשת למכור את המקרקעין שבבעלותה, וזאת על מנת להגן על האינטרס הציבורי ולהפעיל מנגנון ביקורת מפני מעשים בלתי תקינים בנכסי ציבור (ראו: בג"ץ 4401/10 גל נ' עיריית רחובות (24.3.2011)). משכך, במקרים בהם מבקשת הרשות המקומית לפרק שיתוף באמצעות הסכם בינה לבין שותפיה, היא כפופה לחובות החלות עליה מכוח החוק, ובהן החובה לערוך מכרז.

3. בדומה לשופט הנדל, אף אני ערה לקושי הכרוך בתוצאה זו במקרים שבהם הרשות המקומית שותפה במקרקעין אך חלקה בהם קטן באופן משמעותי מחלקו של השותף. במקרים מעין אלה, כפי שצינו היזם והעירייה בטענותיהם, הטלת חובה על הרשות לערוך מכרז פומבי למכירת חלקה במקרקעין עלולה לפגוע באופן ניכר בשותף (המחזיק, כאמור, בעיקר הזכויות בחלקה), וכן עלולה לפגוע ביעילות ההליך כולו.

4. מחוקק המשנה, שככל הנראה היה ער לקושי האמור המתעורר גם כאשר המדינה שותפה במקרקעין, סיפק מענה חלקי במסגרת תקנה 25(2) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 לפיה "עסקה במקרקעין של המדינה, רשות הפיתוח או קרן קיימת לישראל, אינה טעונה מכרז כאשר נושא ההתקשרות הוא ... הענקת זכויות במקרקעין למי שהוא בעל זכויות במקרקעין משותפים אשר בהם למינהל פחות ממחצית מן הזכויות ...". ואולם, תקנה זו חלה אך במקרים שבהם המדינה היא שותפה במקרקעין, ולא קיימת תקנה מקבילה החלה במקרים שבהם רשות מקומית היא שותפה במקרקעין (כבענייננו).

5. חברי, השופט הנדל, מניח כי היעדרה של תקנה מקבילה לתקנה 25(2) לתקנות חובת המכרזים המתייחסת לרשויות מקומיות הוא הסדר שלילי ולא לקונה שיש להשלימה באמצעים פרשניים (ובהם – היקש). כך, בחוות דעתו הגיע השופט הנדל למסקנה כי משמעות היעדרה של הוראה מקבילה כאמור היא שעל רשות מקומית חלה החובה לערוך מכרז פומבי גם במקרים שבהם היא מחזיקה רק בחלק קטן במקרקעין.

6. בדומה לכך, ומבלי לקבוע מסמרות, אף אני סבורה כי נראה שיהיה זה מהלך פרשני מוקשה להשלים את החסר האמור על דרך ההיקש, ולקבוע כי ההסדר הקבוע בתקנה מקבילה לתקנה 25(2) לתקנות חובת המכרזים חל גם על רשות מקומית שותפה במקרקעין. כפי שציין השופט הנדל, היועץ המשפטי לממשלה מסר כי לאחרונה סוכם שמשדר הפנים יבחן את האפשרות לקבוע הסדר דומה לפיו יינתן לרשות מקומית פטור ממכרז במקרים שבהם הרשות מחזיקה בפחות ממחצית מהזכויות בנכס. אני סבורה כי יש במהלך זה היגיון רב, ויש לקוות כי המהלך יושלם במהרה.

7. לצד האמור, אני סבורה כי מענה נוסף אפשרי ל"מקרה קצה" שכזה, שבו הרשות המקומית היא בעלת חלק קטן במיוחד במקרקעין משותפים (כדוגמת המקרה בו הרשות היא בעלת 5% במקרקעין והשותף הוא בעלים של 95% בהם), יכול להינתן במסגרת פירוק השיתוף בצו בית משפט לפי סעיף 40 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. בהתאם, אני מצטרפת אף לחלק השני בחוות דעתו של השופט הנדל (אשר נדון למעלה מהדרוש

להכרעה במקרה הנדון), ולפיו בית המשפט הדן בפירוק שיתוף רשאי (במישור הסמכות) להורות על מכירת חלקה של רשות מקומית במקרקעין שלא באמצעות מכרז פומבי.

סעיף 40 לחוק המקרקעין מסמיך כאמור את בית המשפט להורות על מכירת המקרקעין במכירה פומבית אלא אם "הורה בית המשפט על דרך אחרת שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין". מכאן, כי במקרים החריגים ויוצאי הדופן שבהם אכן יהיה זה בלתי יעיל ובלתי צודק להורות על מכירה פומבית של המקרקעין – אף מנקודת מבטן של תכליות דיני המכרזים – יהיה בית המשפט רשאי לחרוג מהכלל, ולהורות על מכירתם בדרך אחרת, לרבות בדרך של התמחרות פנימית (ראו: יעקב שקד פירוק שיתוף במקרקעין 211 (2020) (להלן: שקד)). כאמור, החובה לערוך מכרז פומבי מוטלת על הרשות המקומית עצמה והיא נועדה למנוע שחיתות ולהגן על האינטרס הציבורי בעת קבלת ההחלטות על-ידי הרשות. אף שהוראת סעיף 40 לחוק המקרקעין אינה מכפיפה את בית המשפט לחובה לערוך מכרז, חזקה על בית המשפט שיביא בחשבון בעת פירוק השיתוף את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ובהם הגנה על האינטרס הציבורי, היעילות והשוויון.

לאור כל האמור, אני מסכימה לחוות דעתו של חברי השופט הנדל.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים למסקנתו של חברי הש' נ' הנדל כי דין הערעור להידחות. שותף אני לעמדתו, כי העירייה כרשות ציבורית מחוייבת לפעול לפי פקודת העיריות ודיני המכרזים בעת מכירת זכויותיה במקרקעין, גם כאשר המכירה מתבצעת על בסיס הסכם פשרה במסגרת הליך משפטי. ברי, כי אין באמור כדי להגביל את שיקול דעתו של בית משפט בבואו להכריע בשאלת אופן ודרך פירוק השיתוף במקרקעין שהעירייה היא צד להם.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ב באב התש"ף (2.8.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט